

العرف والعادة فى التشريع الاسلامى

دكتور عبدالحى المدنى*

ABSTARCT

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسوله الكريم وصحبه ومن تبعه
بإحسان إلى يوم الدين....

أما بعد. إن كل من كان لديه إلمام بالفقه الإسلامى يعرف أن العرف والعادة مصدر
تشريعى للفقه الإسلامى كالإستحسان والإستصلاح . فالتفقه بالأحكام الشرعية يجدر المعرفة
بالأحكام التى تتعلق بالعرف والعادة ، لأن كثيراً من القضايا الفقهية تبني على العرف
والعادة من المعاملات والعقود والإجتماع والأوقاف والأيمان ، فإن للعرف والعادة دور
بارز فى هذه المسائل المذكورة وغيرها ولذلك أجمعت العلماء والفقهاء على كون العرف
العادة مصدراً تشريعياً هاماً بخلاف الإستحسان والإستصلاح الذى إختلف الفقهاء فى
إعتباره.

ولما كان للعرف والعادة حظاً وافراً فى تطور الفقه الإسلامى . فكتبت هذه الأسطر
لتوضيح الاعتبار بالعرف والعادة فى تشريع أحكام الشرع المتين واخترت المنهج التالى :

المبحث الأول : مفاهيم العادة والعرف

المطلب الأول : تعريف العادة لغة وإصطلاحاً

المطلب الثانى : تعريف العرف لغة وإصطلاحاً

المطلب الثالث : الفرق بين العرف والعادة مع ذكر أقوال الفقهاء فى ذلك.

المبحث الثانى : أقسام العادة والعرف

المطلب الأول : أقسام العادة والعرف من حيث موضوعها

1- عادة قولية 2- عادة فعلية ، والأمثلة على ذلك

المطلب الثانى : أقسام العادة من حيث عمن تصدر عنهم

1- عادة عامة 2- عادة خاصة

• أستاذ مساعد بجامعة أين إي دي للهندسة كراتشي

المطاب الثالث : أقسام العادة من حيث الشيوع والإنتشار

1- عادة مطردة 2- عادة غالبية 3- عادة مشتركة 4- عادة نادرة

المبحث الثالث : شروط العمل بالعرف والعادة

المبحث الرابع : الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة علي إعتبار العرف والعادة

المبحث الخامس : التعارض بين العرف والشرع و أحواله

المبحث السادس : التعارض بين العرف واللغة

المبحث السابع : ضابطة الفقهاء في الإعتماد علي العرف وبعض المسائل التي إعتمد فيها الفقهاء علي العرف والعادة

المبحث الأول: تعريف العرف والعادة والفرق بينهما

لما كان بحثنا يتعلق بالعرف والعادة فلا بد من تعريفهما والفرق بينهما ونذكر ذلك في ثلاثة مطالب المطلوب الأول: تعريف العادة لغة وإصطلاحاً

العادة لغة: الدين والدأب وهو الإستمرار علي الشئ (1)

أن مادة العادة تقتضي تكرار الشئ وعوده تكراراً كثيراً حتي يخرج عن كونه واقعاً بطريق الإتفاق

العادة إصطلاحاً: إختلف عبارات علماء الأصول في تعريف العادة إصطلاحاً نحن نذكر تعريفات العلماء للعادة ثم نتبعها ما يؤخذ علي كل تعريف وفي الأخير نذكر التعريف الراجح وسبب ترجيحه

1- قال القرافي : العادة " غلبة معني من المعاني علي الناس " (2) هذا التعريف غير مانع إذ يشمل العادة وغيرها فإذا إنتشرت صفة حتي غلبت علي الناس دخلت في التعريف ولو لم تكن عادة إصطلاحاً كالجمل والبدع

2- قال ابن أمير الحاج " الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية " (3) العلاقة العقلية : هي التلازم العقلي كتكرر تحرك الخاتم بتحرك اليد وتحرك ورق الشجر كلما تحرك الريح ، فهذا لا يسمى عادة مهما تكرر لأنه ناشئ عن تلازم وإرتباط في الوجود بين العلة والمعلول وليس ناشئاً عن ميل الطبع فهو تعريف غير مانع أيضاً إذ يشمل كل أمر متكرر من غير علاقة عقلية كتكرر البدعة من إنسان أو المعصية

3- العادة : " هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية ولم تنكره العقول والفطر السليمة (4) وهذا التعريف هو الراجح

شرح التعريف:

قوله " الأمر المتكرر " هو الذي يحدث مرة بعد أخرى ويشمل الأقوال والأفعال فيخرج به الأمر غير المتكرر كالأمر الطارئ.

قوله " من غير علاقة عقلية " أي من غير تلازم عقلي والفرق بين المتكرر لعلاقة عقلية والمتكرر بطريق العادة ، أن المتكرر بالعلاقة العقلية لا يتخلف بل يقع في أي زمان أو مكان أما المتكرر بالعادة فقد يتخلف لأنه يتعلق بميل الطبع.

قوله " ولم تنكره العقول والفطر السليمة " يخرج بذلك ما أنكره العقول والفطر السليمة كمظاهر الإنحلال وقيدت العقول والفطر بالسليمة لأن العقول قد يطرأ عليها ما يفسدها وكذلك الفطر.

فهذا تعريف للعادة جامع ومانع .

المطلب الثاني : العرف لغة وإصطلاحاً

العرف لغة : العرف في لغة العرب له عدة معان :

- 1- تتابع الشئ متصلأ ببعضه ببعض (ومنه عرف الفرس) (5)
- 2 السكون والطمأنينة ومنه المعروف في الشريعة لأن النفس تسكن إليه (6)
- 3- العلو والظهر والإرتفاع والأوائل (ومن ذلك عرف الديك) (ومنه عرف الجبل أي قمته) (7)

العرف اصطلاحاً : إختلفت عبارات العلماء في تعريفه وأقرب تعريف له تعريف النسفي وهو " ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول (8)

شرح التعريف :

قوله " ما استقر " أي ما ثبت ويخرج ما لا يثبت كالأمر الطارئ الذي يقع مرة أو مرتين .

وقوله " في النفوس " يخرج ما يثبت في النفس الواحدة فإنه في الغالب عند الفقهاء لا يسمى عرفاً وإنما عادة

وقوله " من جهة العقول " أي من جهة إستحسان للعقل ، ويخرج ما استقر في النفوس من جهة أسباب أخرى مثل ما استقر في النفس من جهة الخلقة كعادة النساء في الحيض وهذا في الغالب لا يسمى عرفاً وإنما يسمى عادة

وقوله " وتلقته الطباع السليمة بالقبول " يخرج به ما ردته الطباع السليمة

المطلب الثالث : الفرق بين العادة والعرف والإجماع

إختلف علماء الأصول في الفرق بين العادة والعرف إلي قولين

القول الأول : ذهب جمهور الأصوليين إلي عدم الفرق بينهما فهما من الألفاظ المترادفة (9)

القول الثاني : ذهب بعض الأصوليين إلي التفريق بينهما

فقال البعض : أنّ العرف خاص بالأقوال والعادة خاصة بالأفعال (10)

وقال البعض : العرف عادة جمهور قوم من قول أو فعل (الجمهور كثرة الناس) وأما العادة فهي عادة الفرد وعادة الأقل وعادة مساوية وعادة الأكثر وعادة الكل فعند هؤلاء العادة أعم من العرف فجعلوا العرف نوعاً من أنواع العادة (11)

أما من حيث الأثر الشرعي والأحكام فلا فرق بينهما عند الفقهاء فالتفريق من حيث اللفظ والتسمية أحياناً حيث أن العادة تطلق علي عادات الأفراد وعادات النساء في الحيض بينما لا يسمى ذلك عرفاً في الغالب.

• الفرق بين العرف والإجماع

بعض الناس يخلط بين العرف والإجماع لظنهم أن العرف هو الإجماع وليس الأمر كذلك بل بينهما فرق ومن تلك الفروق ما يلي:

- 1- إن الإجماع لا يوجد في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وكانت العادات والأعراف موجودة في زمنه كعادة حمل العصا.
- 2- إن الإجماع لا بد أن يستند عند حصوله على دليل شرعي أما العرف والعادة فلا يستند إلى دليل شرعي.
- 3- إن الحكم الثابت بالإجماع ثابت لا يتغير ولا يتبدل أما الحكم الثابت بالعرف فتغير بتغير الأعراف وتغير الأمكنة والأزمنة.
- 4- إن الإجماع لا يقع إلا من مجتهد الأمة أما العرف فيقع من عموم الناس (12)

المبحث الثاني : أقسام العادة وفيه مطالب

المطلب الأول : في تقسيم العادة من حيث موضوعها إلى قسمين

- 1- عادة قولية : وهي أن يتعارف قوم على إطلاق بعض الألفاظ أو التراكيب على معني غيرها وضعت له أصلاً بحيث يصبح هو المتبادر إلى الزهن عند الإطلاق بلا قرينة ومن أمثلة الألفاظ- أي الكلمة المفردة- لفظ الولد فإنه يطلق على الذكر عند الإطلاق مع أنه في الأصل كان يطلق على الذكر والأنثى .
- ومن الأمثلة التراكيب- أي الجمل- قول الرجل لآخر " إشتري لي دابة" والمتعارف عندهما أن لفظ الدابة يطلق على حمار مثلاً.
- 2- عادة عملية (فعلية) وهي ما جري عليه الناس في معاملاتهم وأفعالهم كإعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل وكتعارف الناس تقديم الأجرة قبل إستيفاء المنفعة في إجارة الأماكن شهرياً أو سنوياً (13)

المطلب الثاني : تقسيم العادة من حيث عمن تصدر عنهم إلى قسمين

- 1- عادة عامة : وهي ما اعتاده عامة الناس في كافة الأمصار الإسلامية مثل بيع المعاطاة
- 2- عادة خاصة : وهي ما اعتاده أهل بلد خاص أو طائفة مخصوصة ، أو اصطلاحاً بطائفة مخصوصة مثل الرفع عند النحاة ، فإنه عندهم إسم لما هو علم الفاعلية (14)

المطلب الثالث : تقسيم العادة من حيث الشيوع والانتشار إلى أربعة أقسام

- 1- العادة المطردة : وهو التي يعرفها جميع أهلها ولا تتخلف (أي تقع دائماً) كمن إستأجر خياطاً ليخيط له ثوباً فالعادة أن أدوات الخياطة تكون على الخياط .

العرف والعادة

- 2- العادة الغالبة : وهو التي يكون العمل بها أكثر من تركها - قد تكون الغلبة من حيث عدد المتعاملين وقد تكون الغلبة من حيث الوجود.
 - 3- العادة المشتركة : وهي التي يتساوي فيها العمل والترك كأن يتعامل أهل البلد بنقود متحدة الإسم مختلفة القيمة متساوية الرواج كالدولار الأمريكي والدولار الإسترايلي علي سبيل الفرض.
 - 4- العادة النادرة : وهي التي يكون العمل بها أقل من تركها (القلة قد تكون من ناحية قلة المتعاملين الذين يعملون العادة أو من حيث قلة الوقوع (15)
- المبحث الثالث : شروط العمل بالعرف والعادة -

ليس كل عرف أو عادة معتبر في الشريعة الإسلامية بل لإعتبار العرف والعادة شروط وضعها ووضحها الأصوليون منها ما يلي:

- 1- أن تكون العادة مطردة أو غالبة:

والفقهاء رحمهم الله يعبرون هذه الشرط بالقاعدة " إنما تعتبر العادة إذا إطردت أو غلبت (16) وقاعدة " العبرة للغالب الشائع لا للنادر " (17)

وقد سبق معنى المطردة وهي التي يعرفها جميع أهلها المتعاملين بها ولا تتخلف (أي تقع دائماً) ومعنى الغالبة أن يكون العمل بها أكثر من تركها.

ومعنى هذا الشرط أن العادة إنما تحكم شرعاً ويعتبر إذا كانت مطردة أو غالبة ، ودون ذلك لا تحكم وهي العادة المشتركة والنادرة فالعادة المطردة والغالبة في الحقيقة راجحة والعمل بالراجح متعين شرعاً.

بقي جواب علي سؤال كيف نعرف كون العادة مطردة أو غالبة؟

فأقول : ان ذلك يعرف بالواقع عند التطبيق لا بالرجوع إلي كتب الفقهاء فرب عادة مطردة في زمن لا توجد في زمن آخر وبهذا الشرط يخرج عادتان.

الأولي : العادة المشتركة : وهي التي يكون العمل بها مساوياً لتركها ولها صور.

- 1- أن توجد عادتان في البلد يعمل بهما جميع أهل البلد بالسوية
 - 2- أن يعمل أهل البلد بعادة ويتركها آخرون مساوون لهم وهذه العادة لا تحكم ولا عبرة لها في الشريعة وذلك لوقوع التردد بين العادتين وترجيح إحداها بلا مرجح لا يجوز، فإن وجد الترجيح لم تبقى العادة مشتركة بل أصبحت غالبة.
- الثانية :العادة النادرة : ولا تعمل بها في الشريعة لأنها قليلة الوقوع فهي مرجوحة والعمل بالمرجوح لا يجوز.

العرف والعادة

تنبيه: هذا فيما يتعلق بالعادة المشتركة والنادرة هو الراجح من أقوال العلماء فهناك إختلاف في جزئيات هاتين العادتين طويل لا يسع المكان هنا ، فراجع إلي ذلك في مظانه في كتب الأصول والفقه.

2- أن لا يوجد تصريح بخلافه

ومعني الشرط أن تحكيم العادة إنما يكون إذا سكت عن مخالفتها فإن صرح أحدا المتعاملين بمخالفة العادة فإن العادة تسقط وتصبح العبرة بالتصريح لأن تحكيم العادة من باب الدلالة أضعف من التصريح ولهذا قال الفقهاء " لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح " (18)

تنبيه : أن التصريح يهدم العادة قبل تمام العقد وأما بعد تمام العقد فلا عبرة بالتصريح لأن العقد قد إنعقد علي ما جرت به العادة "

3- أن تكون العادة موجودة وقت إنشاء التصرف

وللعادة في وجودها ثلاثة احتمالات

1- أن تكون العادة سابقة منقطعة وهذه يغلب علي الظن أن الإنسان لا يريد ها بل قد لا يعلم بها .

2- أن تكون العادة موجودة وقت التصرف

3- أن تكون العادة لا حقة حادثة وهذه لا يعلم بها الإنسان لأنها غيب ولذلك قال الفقهاء : " حمل الأقوال والأفعال علي الأعراف السابقة المنقطعة أو اللاحقة حمل علي ما لا يريده أصحابها وذلك لا يجوز " (19)

4- أن تكون العادة عامة . وللعادة صفتان إن توفرتا تكون العادة عامة وإن تخلفت إحداهما تكون خاصة والصفتان هما

أ- أن يعتادها عامة الناس

ب- أن تكون في كافة الأمصار الإسلامية

ومن المعلوم أن علماء الأصول اختلفوا في هذا الشرط إختلافاً طويلاً (20) ولا يسع الموضع لذكر الإختلاف وما ذكرناه هو الراجح والله أعلم.

5- أن لا تخالف العادة نصاً شرعياً والمخالفة تكون في شيئين

أ- مخالفة العادة النص في الأحكام

ب- مخالفة العادة النص في الألفاظ

فمخالفة العادة النص في الأحكام أن يأتي الشرع بحكم وتجري العادة بخلاف ذلك الحكم فمثلاً نهى الشرع من نكاح الشغار كما في الحديث الصحيح "نهى النبي عن الشغار" (21) ولكن العادة تجري بهذا النكاح .

العرف والعادة

وللمخالفة عند العلماء في الأحكام ثلاثة احتمالات وهي :

1- أن تكون الحكم الشرعي معللاً بالعادة ، كقصة ناقة البراء بن عازب حيث قضى النبي صلى الله عليه وسلم أن علي أهل الحائط حفظها بالنهار وعلي أهل الماشية حفظها بالليل (22) فلو تغيرت العادة فأصبح أهل البساتين يعملون بالليل وأهل المواشي يمسكونها بالنهار قال الفقهاء يتغير الحكم فيكون علي أهل الحائط حفظها بالليل وعلي أهل الماشية حفظها بالنهار.

2- أن لا يكون الحكم الشرعي معللاً بالعادة ويكون النص عاماً وهو علي قسمين :

أ- أن تكون العادة حادثة بعدد من النبي صلى الله عليه وسلم وهذه العادة باطلة بالإجماع

ب- أن تكون العادة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فالعادة تخصص النص

3- أن لا يكون الحكم الشرعي معللاً بالعادة ويكون النص خاصاً فهذه العادة باطلة بالإتفاق.

ومخالفة العادة النص في الألفاظ أن يأتي الشرع في الكلمة بمعنى وتخالفه العادة في ذلك مثال ذلك : تسمية الشرع الأرض بساطاً وخالفته العادة اليوم في تسمية البساط أنه ما يفرش علي الأرض دون الأرض.

وهو علي نوعين :

أ- أن لا تتعلق بالألفاظ الشرعية أحكام فالمعتبر العادة

ب- أن تتعلق بالألفاظ الشرعية أحكام فالمعتبر المعني الشرعي

وهذه العادة المخالفة يجب محاربتها وإزالتها صيانة للأحكام الشرعية من الإندثار.

وأخذوا هذا من نهيه صلى الله عليه وسلم من تسمية العشاء بالعتمة حيث قال : "لا تغلبنكم الأعراب علي صلاتكم" (23)

الخلاصة : أن العادة حجة عند عدم مخالفتها لنص شرعي فإذا حصل المخالفة ففي هذه الصورة يقدم النص الشرعي وكذلك لو شرط أحد المتعاقدين فهنا يقدم الشرط علي العرف فمثلاً لو استأجر شخص آخر ليعمل له من الظهر إلي العصر فقط بأجرة معينة فليس للمستأجر أن يلزم الأجبر بالعمل من الصباح إلي المساء بحجة عرف البلد بل علي حسب المدة المشروطة بينهما

المبحث الرابع : الأدلة علي تحكيم العرف والعادة من الكتاب والسنة

إذا توفرت الشروط المذكورة في العرف والعادة فإنها تحكم وتعتبر شرعاً والأدلة علي ذلك فمن القرآن الكريم:

1- قوله تعالى : وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (24)

العرف والعادة

وجه الاستشهاد: أن الله جعل العشرة بين الزوجين راجعة إلي ما جرت به العادة من مثله لمثلها

2- وقوله تعالى : خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ (25)

وجه الاستشهاد: أمر الله تعالى نبيه صلى الله عليه وسلم أن يأمر بالعرف وهو ما جرت به العادة وإذا كان كذلك فهو محكم.

3- وقوله تعالى : وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (26)

4- وقوله تعالى : وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (27)

ومن السنة :

5- عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ جَاءَتْ هُنْدٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُقْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ لَا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْ مَالِهِ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ فَقَالَ خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَكَذَلِكَ بِالْمَعْرُوفِ (28)

وجه الاستشهاد: أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز لها الأخذ بمقدار ما جرت العادة أنه يكفي فضبط الأخذ بمقدار ما جرت به العادة

6- عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ قَالَ حَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَبُو طَيْبَةَ فَأَمَرَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ وَأَمَرَ أَهْلَهُ أَنْ يُخَفِّقُوا عَنْهُ مِنْ خَرَجِهِ (29)

ذكر الحديث الإمام البخاري تحت الباب " ما جاء فيمن أجر من أمر الأمصار علي ما تعارفوا عليه"

وجه الدلالة : إن النبي صلى الله عليه وسلم لم يشارطه علي الأجرة بل علي ما جرت العادة في مثله أن يعطي شيئاً من الطعام ، فأعطاه صاعاً من تمر وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراج

7- عَنْ حَرَامِ بْنِ مُحْيِصَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ نَافَةَ لِلْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطَ رَجُلٍ فَأَفْسَدَتْهُ فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى أَهْلِ الْأَمْوَالِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ وَعَلَى أَهْلِ الْمَوَاشِي حِفْظَهَا بِاللَّيْلِ (30)

وجه الدلالة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بما جرت به العادة من أن أهل البساتين يمكنون بها في النهار أهل الماشية يسكنونها بالليل دفعاً للمشقة.

قال الخطابي : هذا الحديث أدل شيء علي إعتبار العادة في الأحكام الشرعية (31)

هذه الأدلة وغيرها فيها دلالة واضحة جلية علي أن العرف والعادة معتبرة في الشريعة وحتى العقل يدل علي ذلك لأن في العادات تحقيقاً لمصالح العباد وقد جاء الشرع بتحقيق المصالح فوجب إعتبار العادة.

وأيضاً في تحكيم العادة رفع للخرج عن الناس فوجب إعتبار ذلك شرعاً

المبحث الخامس : تعارض الألفاظ بين العرف والشرع وأحوال ذلك

ومعني ذلك أن يرد لفظ له معني في الشرع ومعني في العرف ويكون معناه في الشرع أعم أو أخص فينظر عند التعارض إلي ما يأتي

أ- إذا كان ذلك اللفظ أستمِلَ في الشرع بلا تعلق حكم ولا تكليف قَدَمَ العرف وخاصة في الأيمان لأن الأيمان ميناها علي العرف الحالف مثلاً لو حلف الشخص علي أن لا يجلس علي الفراش أو البساط أو لا يستضيئ بالسراج لم يحنث بجلوسه علي الأرض وإن سماها الله فراشا وبساطاً ولا يحنث بالإستينضاء بالشمس وإن سماها الله سراجاً

وكذلك لو حلف أن لا يجلس تحت سقف فجلس تحت السماء لم يحنث وإن سماها الله سقفاً إذ يقدم في ذلك كله عرف الإستعمال لأنه المتبار حين الحلف.

ب- أن يكون اللفظ في إطلاق الشارع قد تعلق به حكم فيقدم إستعمال الشرع هنا علي إستعمال العرف

مثاله : لو حلف شخص أن لا يصلي لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود أو حلف أن لا يصوم لم يحنث بمطلق الإمساك بغير النية ولو قال لزوجته إن رأيت الهلال فأنت طالق فرأه غيرها وعلمت به طَلقت حملاً له علي الشرع فإن الرؤية فيه بمعني العلم بقوله صلي الله عليه وسلم في الحديث الصحيح " إذا رايتموه فصوموا....." (32)

هذا وهناك إختلاف كبير بين المذاهب والفقهاء في حل تعارض الواقع بين الشرع والعرف وما ذكرته هو الراجح لدي (33)

وللتوسع في المسألة يرجع إلي فطانه في كتب الفقه وأصول الفقه .

الخلاصة : أن للعرف والعادة أمام النصوص الشرعية أحوال :

أ- إذا وافق العرف والعادة الدليل الشرعي فيجب مراعاته وتطبيقه لأن العمل في الحقيقة بالدليل الشرعي لا بالعرف وإنما يستأنس بالعرف فقط

ب- إذا خالف العرف الدليل الشرعي وهذه المخالفة علي أوجه

1- أن يخالفه من كل وجه وهو ما يعبر عنه بمصادمة النص ويلزم من إعتبار العرف ترك النص فهذا لا شك في رده وعدم إعتباره كما تعارف الناس كثيراً من المحرمات كالمعاملات الربوية والبنوك الربوية والتبرج وغيرها من المحرمات

2- أن يخالفه لا من كل وجه وذلك بأن يرد الدليل عاماً والعرف خالفه في بعض أفراده فإن العرف يعتبر إذا كان عرفاً عاماً وهو المتعارف في جميع البلاد أو أكثره كجواز بيع السلم. أما إذا كان العرف خاصاً فلا يعتبر به عند الأكثر.

المبحث السادس : في تعارض العرف مع اللغة

إذا تعارض العرف واللغة ففيه إختلاف واضطرب كبير بين الفقهاء وخصوصاً بين المذاهب الأربعة فعند الشافعية أربعة أوجه :

- 1- تقدم اللغة علي العرف لأنها الأصل
- 2- تقدم العرف علي اللغة لأن العرف يحكم في التصرفات سيما في مسائل الإيمان
- 3- إن عمت اللغة قدمت علي العرف
- 4- إن كان العرف ليس له وجه في اللغة قدمت اللغة وإن كان له وجه وللمعني اللغوي إستعمال ففيه خلاف في المذهب ، وإن كان له (العرف) وجه وهجرت اللغة تماماً قدم العرف (34)

أما عند الحنفية :

تنبيه (عند أكثر الفقهاء والأصوليين يتفرع علي هذا البحث مسائل الإيمان لذلك نحن نذكر ونتكلم في هذا المبحث مسائل الإيمان) فعند الحنفية الإيمان مبنية علي العرف فلو حلف لا يأكل خبزاً لا يحنث إلا بالخبز الذي توكل في بلده فقط (35) وهناك إختلاف كبير في الجزئيات يرجع إلي فطانه .

المبحث السابع : في ضابطة الإعتماد علي العرف لدي الفقهاء

قد إعتد الفقهاء رحمهم الله في مسائل كثيرة جداً ووضعوا لذلك ضابطة وهي :

أن كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلي العرف كأقل سن الحيض والبلوغ ومدة أقل الحيض وأكثره وأقل النفاس فقط

وحرز المال المسروق وأقل وأكثر مسافة القصر

وإنعقاد ألفاظ البيع والشراء علي القول الراجح لأنه لم يصح في الشرع لفظ معين لإنعقاد للبيع فوجب الرجوع إلي العرف

وضبط مولاة الوضوء أي طول الزمان وقصره في مولاة الوضوء وغير ذلك من المسائل فكل ذلك الرجوع فيه إلي العرف والعادة.

وفي المعاطاة - وهو أن يدفع المشتري ثمن المبيع للبائع ويأخذ المبيع عن تراض منهما دون أن يحصل بينهما إيجاب وقبول لفظي

والإستبلاء في الغصب

وإرسال المواشي نهاراً وحفظها ليلاً فلو أطردت عادة بلد بعكس ذلك إعتبرت العادة

ومقدار المكث في الحمام ومقدار إستعمال الماء علي أجرة معينة وغير ذلك من المسائل فكل ذلك يرجع فيه إلي العرف .

هوامش

* أستاذ مساعد بجامعة أين إي دي للهندسة والتكنولوجيا كراتشي

- (1) لسان العرب، محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر - بيروت، الطبعة الأولى، ج 1 ص 368
- (2) الفروق (أنوار الفروق في أنواء الفروق) أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، الناشر عالم الكتب، بيروت، ج 1 ص 76
- (3) التقرير والتحبير شرح التحرير، محمد بن محمد بن محمد ابن أمير الحاج، الطبعة الثانية 1403 هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 1 ص 282
- (4) المدخل الفقهي العام، مصطفى بن أحمد الزرقاء، الناشر دار الفكر، بيروت، ج 2 ص 838 إلى 840
- (5) الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى، دار الفكر المعاصر - بيروت، الطبعة الأولى، 1411، ص 72
- (6) لسان العرب، أبو الفضل محمد بن مكرم الأنصاري المعروف ابن منظور الإفريقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 2 ص 747
- (7) العباب الزاخر واللباب الفاخر، الحسن بن محمد بن الحسن الصغاني، دار إحياء الكتب، بيروت 1398 هـ، ج 1 ص 470
- (8) نشر العرف، ابن عابدين الشامي، في مجموعة رسائله، ج 2 ص 112
- (9) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، محمد صدقي، مكتبة المعارف، الرياض، ص 215
- العرف وأثره في الشريعة والقانون، الدكتور أحمد بن علي المبارك، الطبعة الأولى 1412 هـ، ص 48
- (10) نشر العرف ضمن رسائل ابن عابدين، ج 2 ص 114
- أصول مذهب الإمام أحمد، الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي، الطبعة الثانية 1397 هـ، مكتبة الرياض الحديثية، الرياض، ص 523
- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الطبعة الرابعة 1423 هـ الموافق 2002 م، ص 53 و 54
- (11) المدخل الفقهي العام، مصطفى بن أحمد الزرقاء ص
- والعرف وأثره في الشريعة والقانون ص 48 إلى 50
- (12) أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة، الدكتور عبدالعزيز العلي النعيم، ص 56 و 76
- (13) الوجيز في أصول الفقه، الدكتور عبدالكريم الزيدان، الطبعة الأولى ص 253
- (14) الوجيز في أصول الفقه، الدكتور عبدالكريم الزيدان ص 261

- (15) الوجيز في أصول الفقه، الدكتور عبدالكريم الزيدان ص 267
- (16) شرح القواعد الفقهية، أحمد بن محمد الزرقاء، الطبعة الأولى 1403 هـ، دار الغرب الإسلامي، ص 169
- (17) الفروق، القرافي، ج 4- ص 104
- (18) شرح القواعد الفقهية، أحمد بن محمد الزرقاء، ص 77
- (19) شرح القواعد الفقهية، أحمد بن محمد الزرقاء، ص 76
- (20) الأشباه والنظائر، العلامة زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي، الطبعة الثانية 1420 هـ الموافق 1999 م، دار الفكر، بيروت، 201-202
- نشر العرف، ابن عابدين الشامي، في مجموعة رسائله، ج 2- ص 125 و 126
- (21) صحيح مسلم مع شرح النووي للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، الطبعة الثالثة 1413 هـ الموافق 1996 م، دار المعرفة، بيروت، رقم الحديث 1415-1416
- (22) مؤطا للإمام مالك بن أنس الأصبحي، الطبعة 1408 هـ، المكتبة الثقافية، بيروت، كتاب الأقضية باب رقم 37
- (23) صحيح البخاري الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، الطبعة الرابعة 1410 هـ الموافق 1990 م، دار ابن كثير، بيروت، كتاب المواقيت، باب رقم 19
- (24) القرآن: 2: 19
- (25) القرآن: 7: 199
- (26) القرآن: 2: 233
- (27) القرآن: 2: 241
- (28) سنن أبي داود مع عون المعبود، الطبعة الثانية 1389 هـ الموافق 1969 م الناشر محمد عبدالمحسن صاحب المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، كتاب البيوع، باب رقم 79
- (29) صحيح البخاري، للإمام البخاري، كتاب البيوع، باب رقم 39-95
- (30) مؤطا للإمام مالك بن أنس الأصبحي، كتاب الأقضية، باب رقم 37
- (31) معالم السنن شرح سنن أبي داود، أبو سليمان أحمد بن محمد الخطابي البستي، المطبعة العلمية - حلب، الطبعة الأولى 1351 هـ - 1932 م، ج 2- ص 259
- (32) صحيح البخاري، للإمام البخاري، باب هل يُقالُ رَمَضَانُ أَوْ شَهْرُ رَمَضَانَ وَمَنْ رَأَى كَلَهُ وَأَسْبَغَا، رقم الحديث 1767
- (33) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، جلال الدين السيوطي، الطبعة الأولى 1407 هـ الموافق 1987 م، دار الكتاب العربي، بيروت، ص 187
- الأشباه والنظائر، لابن نجيم الحنفي، ص 105-106
- (34) الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي، ص 188-189
- (35) الأشباه والنظائر، لابن نجيم الحنفي، ص 106-107

المصادر والمراجع

- 1- القرآن
- 2- أصول مذهب الإمام أحمد، الدكتور عبدالله بن عبدالمحسن التركي، الطبعة الثانية 1397هـ، مكتبة الرياض الحديثية، الرياض
- 3- أصول الأحكام الشرعية ومبادئ علم الأنظمة، الدكتور عبدالعزيز العلي النعيم
- 4- الأشباه والنظائر، العلامة زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي، الطبعة الثانية 1420هـ الموافق 1999م، دار الفكر، بيروت
- 5- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، جلال الدين السيوطي، الطبعة الأولى 1407هـ الموافق 1987م، دار الكتاب العربي، بيروت
- 6- التقرير والتحبير شرح التحرير، محمد بن محمد بن محمد ابن أمير الحاج، الطبعة الثانية 1403هـ، دار الكتب العلمية، بيروت
- 7- الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة، زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى، دار الفكر المعاصر - بيروت، الطبعة الأولى، 1411
- 8- سنن أبي داود مع عون المعبود، الطبعة الثانية 1389هـ الموافق 1969م الناشر محمد عبدالمحسن صاحب المكتبة السلفية بالمدينة المنورة
- 9- شرح القواعد الفقهية، أحمد بن محمد الزرقاء، الطبعة الأولى 1403هـ، دار الغرب الإسلامي
- 10- صحيح البخاري الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، للإمام محمد بن إسماعيل البخاري، الطبعة الرابعة 1410هـ الموافق 1990م، دار ابن كثير، بيروت
- 11- صحيح مسلم مع شرح النووي للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري، الطبعة الثالثة 1413هـ الموافق 1996م، دار المعرفة، بيروت
- 12- العباب الزاخر واللباب الفاخر، الحسن بن محمد بن الحسن الصغاني، دار إحياء الكتب، بيروت 1398هـ
- 13- العرف وأثره في الشريعة والقانون، الدكتور أحمد بن علي المبارك، الطبعة الأولى 1412هـ
- 14- الفروق (أنوار الفروق في أنواء الفروق) أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي، الناشر عالم الكتب، بيروت
- 15- لسان العرب، أبو الفضل محمد بن مكرم الأنصاري المعروف ابن منظور الإفريقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت
- 16- معالم السنن شرح سنن أبي داود، أبو سليمان أحمد بن محمد الخطابي البستي، المطبعة العلمية - حلب، الطبعة الأولى 1351 هـ - 1932م
- 17- المدخل الفقهي العام، مصطفى بن أحمد الزرقاء، الناشر دار الفكر، بيروت
- 18- الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الطبعة الرابعة 1423هـ الموافق 2002م، الكويت
- 19- مؤطا للإمام مالك بن أنس الأصبحي، الطبعة 1408هـ، المكتبة الثقافية، بيروت
- 20- نثر العرف، ابن عابدين الشامي، في مجموعة رسائله
- 21- الوجيز في أصول الفقه، الدكتور عبد الكريم الزيدان، الطبعة الأولى
- 22- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، محمد صدقي، مكتبة المعارف، الرياض. الطبعة الثانية 1410هـ